**CCE-DES-FM-17**

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Fondo Nacional de Gestión del Riesgo – Ley 1523 de 2012 – Ley 80 de 1993**

Sin perjuicio de las potestades exorbitantes, la norma precedente exceptúa del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública los contratos «[…] relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública […]» celebrados por: i) la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, ii) por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo y iii) los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo. En estos términos, si bien están exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, posibilitó la aplicación de cláusulas dispuestas en los artículos 14 al 18 de la Ley 80 de 1993, por lo que el alcance de este régimen especial debe interpretarse sistemáticamente con los tipos de contratos que permiten la inclusión de cláusulas exorbitantes, ya sea como elementos de la naturaleza o accidentales o que se encuentren prohibidas.

De este modo, la aplicación de las cláusulas excepcionales por parte de la sociedad fiduciaria que administra el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo está vinculado a dos (2) condiciones: en primer lugar, que la contratación tenga como objetivo lo relacionado en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, previamente explicado; en segundo lugar, las reglas sobre los tipos de contratos que aplican las cláusulas excepcionales como elementos de la naturaleza, es decir, que ya están incorporados, a pesar de no estar estipulados, o como elementos accidentales.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Noción – Procedencia**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales generalmente cuentan con distintas potestades exorbitantes con las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre otras, se encuentran las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones de obligatoria inclusión en los contratos de concesión o explotación de bienes del Estado, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal. En estas tipologías contractuales, sin importar si se incorporaron o no dentro del contrato, se entienden incluidas por el ministerio de la ley

**CONTRATOS ESTATALES – Régimen sancionatorio – Cláusulas excepcionales – Procedimiento para su aplicación**

[…] para la aplicación de las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no se aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que no son sanciones frente al contratista, ni implican declarar el incumplimiento del contrato. En tal sentido, sin perjuicio de las precisiones anteriores, para la expedición de estos actos unilaterales se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 2 y 34 del CPACA, sin perjuicio que, como se ha indicado, se observen prevalentemente las disposiciones establecidas en el EGCAP. En este sentido, se aplicarán particularmente las disposiciones establecidas respecto al procedimiento administrativo general regulado en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Además, estos actos deberán cumplir los siguientes requisitos: i) que su finalidad sea exclusivamente evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos; ii) que se realicen mediante acto administrativo debidamente motivado; iii) que en la interpretación y la modificación unilaterales, previamente se busque llegar a un acuerdo con el contratista y iv) que la causa de la terminación unilateral sea cualquiera de los eventos señalados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993. No obstante, respecto de la cláusula excepcional de caducidad, dada su naturaleza sancionatoria, aplica el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

**LEY 80 DE 1993 − Contrato interadministrativo − Convenio interadministrativo**

Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa a los contratos interadministrativos y no a los convenios, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. Es conveniente destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes.

**CABILDOS INDÍGENAS – Autoridades indígenas – Asociaciones**

Con fundamento en el artículo 56 de la Constitución Política, en junio de 1993 se expidió el Decreto 1088, «Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas», que otorgó a los cabildos y/o autoridades indígenas la posibilidad de conformar asociaciones, atribuyéndoles la naturaleza de entidades de derecho público, de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

**RESGUARDOS INDÍGENAS – Naturaleza jurídica**

Posteriormente se expidió el Decreto 2164 de 1995, «Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional», norma compilada por el Decreto 1071 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural», y contiene las definiciones de resguardo, cabildo y autoridad indígena:

Artículo 2.14.7.5.1. Naturaleza Jurídica. Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de este y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

**AUTORIDAD TRADICIONAL – Cabildo indígena – Definiciones**

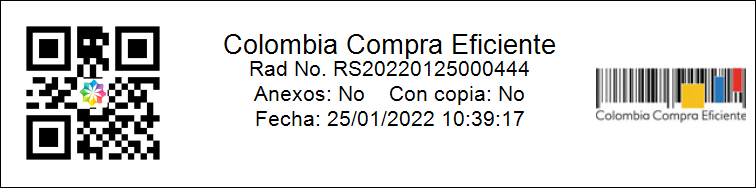
4. Autoridad tradicional. Las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social.

Para los efectos de este título, las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas tienen, frente al Incoder, la misma representación y atribuciones que corresponde a los cabildos indígenas.

5. Cabildo Indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por esta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad. [...] (Cursiva fuera de texto).

**ORGANIZACIONES INDÍGENAS – Cabildos indígenas – Resguardos indígenas – Naturaleza jurídica**

De este modo, se entiende que los cabildos indígenas como las asociaciones de autoridades tradicionales indígenas son concebidos como entidades públicas especiales, de conformidad a la Ley 2160 de 2021. Esto a diferencia de los resguardos indígenas que son propiedad colectiva de las comunidades indígenas y que son administrados por los cabidos y las autoridades tradicionales de las comunidades, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo 2.14.7.5.2 del Decreto 1071 de 2015.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 25 de enero de 2022

Señor

**Javier Esteban Panqueva Hoyos**

Bogotá - Colombia

**Concepto C – 720 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| Temas: | CLÁUSULAS EXCPCIONALES – Fondo Nacional de Gestión del Riesgo – Ley 1523 de 2012 – Ley 80 de 1993 / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES– Noción – Procedencia / CONTRATOS ESTATALES – Régimen sancionatorio – Cláusulas excepcionales –Procedimiento para su aplicación / LEY 80 DE 1993 – Contratos interadministrativos – Convenios interadministrativos / CABILDOS INDÍGENAS– Autoridades indígenas – Asociaciones / RESGUARDOS INDÍGENAS – Naturaleza jurídica / AUTORIDAD TRADICIONAL – Cabildo indígena – Definiciones / ORGANIZACIONES INDÍGENAS – Cabildos indígenas – Resguardos indígenas – Naturaleza jurídica |
|  |  |
| Radicación: | Respuesta a consulta # P20211213011455 |

Estimado Señor Panqueva,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 13 de diciembre de 2021, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente consulta:

1. ¿En los contratos **DE OBRA** que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, se entiende pactada la cláusula de caducidad?.

2. ¿En los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo y que se encuentran descritos en el numeral segundo del art. 14 de la L80/93, se entienden pactadas las cláusulas excepcionales al derecho común?.

3. ¿En el supuesto del art. 48 de la Ley 1523 (arriba citada) debe la UNGRD (como responsable de la gestión contractual, actos administrativos, etc. de la contratación de los recursos del Fondo Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres), para declaratorias de caducidad, aplicar el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 para declarar la caducidad contractual junto con efectividad de las pólizas de cumplimiento? ¿qué procedimiento debe observarse para el ejercicio de la potestad unilateral de las demás cláusulas excepcionales distintas a la caducidad?.

En materia de contratación pública e incumplimientos contractuales:

Pueden las entidades que declaren incumplimientos en el marco del art. 86 de la Ley 1474/2011, realizar las compensaciones, reconocimientos y órdenes de pago que trata el segundo inciso del numeral primero del art. 14 de la L 80/1993?

Ahora, cambiando de tema, pero también inmerso en contratación pública, solicito comedidamente que, en materia de contratación con indígenas se me indique si:

1. ¿los convenios y contratos que suscriben las entidades estatales con comunidades indígenas (resguardos, gobernaciones, cabildos) legalmente constituidas, son contratos y convenios interadministrativos a la luz del art. 95 la Ley 489 de 1998.?

2. ¿los contratos y convenios que se celebren en el marco del Decreto 252 de 2020, son contratos o convenios interadministrativos?

1. **Consideraciones**

Para desarrollar el problema planteado, se abordarán los siguientes temas: i) exclusión parcial del régimen de contratación de la Administración Pública en los contratos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, ii) naturaleza y particularidades de las cláusulas excepcionales en la contratación pública, iii) procedimiento administrativo para la aplicación de las cláusulas excepcionales; iv) los contratos y convenios interadministrativos; y v) naturaleza y régimen jurídico de los contratos con organizaciones indígenas.

**2.1. Exclusión parcial del régimen de contratación de la Administración pública en los contratos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo**

El artículo 47 de la Ley 1523 de 2012 constituyó el Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres como un patrimonio autónomo –artículo 49–, administrado y representado en los términos del artículo 3° del Decreto 1547 de 1984 –modificado por el artículo 70 de Decreto-ley 919 de 1989[[1]](#footnote-2) (artículo 48)–, destinado a adoptar medidas de conocimiento y reducción del riesgo de desastres, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción, a través de mecanismos de financiación dirigidos a las entidades involucradas en los procesos y a la población afectada por la ocurrencia de desastres, cuyo régimen contractual es el de las empresas industriales y comerciales, sin perjuicio de las facultades especiales para atender situaciones de desastres y evitar la extensión de los efectos –parágrafo 3 del artículo 50–.

La disposición citada también establece que las entidades territoriales deben constituir sus propios *fondos de gestión del riesgo*, bajo el mismo esquema del Fondo Nacional, con el propósito de invertir, destinar y ejecutar sus recursos en la adopción de medidas de conocimiento y reducción del riesgo, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción en situaciones de desastre o calamidad pública –artículo 54[[2]](#footnote-3)–. En este contexto, el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 dispone:

Art. 66. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, *los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del* *Fondo Nacional de Gestión del Riesgo* o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y *podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993*.

Parágrafo. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen. (Énfasis fuera de texto)

Sin perjuicio de las potestades exorbitantes, la norma precedente exceptúa del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública los contratos «[…] relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública […]» celebrados por: i) la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, ii) por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo y iii) los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo. En estos términos, si bien están exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, posibilitó la aplicación de cláusulas dispuestas en los artículos 14 al 18 de la Ley 80 de 1993, por lo que el alcance de este régimen especial debe interpretarse sistemáticamente con los tipos de contratos que permiten la inclusión de cláusulas exorbitantes, ya sea como elementos de la naturaleza o accidentales o que se encuentren prohibidas.

De este modo, la aplicación de las cláusulas excepcionales por parte de la sociedad fiduciaria que administra el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo está vinculado a dos (2) condiciones: en primer lugar, que la contratación tenga como objetivo lo relacionado en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, previamente explicado; en segundo lugar, las reglas sobre los tipos de contratos que aplican las cláusulas excepcionales como elementos de la naturaleza, es decir, que ya están incorporados, a pesar de no estar estipulados, o como elementos accidentales.

Por lo demás, según el parágrafo del mismo artículo, solo los contratos celebrados por las entidades territoriales se someten al control fiscal, con independencia de que sean producto de la contratación directa. En esta medida, el control también recae sobre aquellos procesos que son resultado de procesos de selección competitivos.

**2.2. Naturaleza y particularidades de las cláusulas excepcionales en la contratación pública**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales generalmente cuentan con distintas potestades exorbitantes con las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre otras, se encuentran las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones de obligatoria inclusión en los contratos de concesión o explotación de bienes del Estado, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal. En estas tipologías contractuales, sin importar si se incorporaron o no dentro del contrato, se entienden incluidas por el ministerio de la ley. En torno a estas cláusulas excepcionales, la doctrina ha sostenido:

[…] podemos decir que se trata de un mecanismo encaminado a preservar la legalidad de las autoridades públicas, comprendido por el conjunto de prerrogativas que ostenta la Administración en el ámbito contractual dirigido a tutelar el interés público de la comunidad. Estas potestades pueden ser ejercidas por la Administración como manifestación de su *imperium* o poder del Estado, que se concreta en el poder jurídico para imponer coactivamente su voluntad, lo cual debe matizarse, dado que estas prerrogativas solo podrán ser ejercidas en las situaciones de hecho previamente establecidas por la ley y dentro de los límites señalados por la misma. Se trata de cláusulas excepcionales al derecho común, típicamente administrativas[[3]](#footnote-4).

Las potestades exorbitantes son una manifestación del *imperium* de la Administración en los procesos de contratación pública. En tal sentido, la utilización de las cláusulas exorbitantes estaría justificada porque se convierte en un instrumento para salvaguardar el interés público involucrado en el cumplimiento de las prestaciones del contrato. Así, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[…]

2°. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

PARAGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2°. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

A estas cláusulas también se les denomina como «exorbitantes». Etimológicamente, esta palabra viene del latín: se compone del prefijo *ex*, que indica separación o movimiento de salida, y la raíz de la palabra *orbita*, relacionado con el curso de los astros, un derivado de la palabra *orbis*, que significa circunferencia. En esta medida, lo exorbitante es lo que se sale excesivamente de su ritmo o medida habitual[[4]](#footnote-5). Para la doctrina, estas cláusulas son exorbitantes bien porque son poco habituales en los contratos entre particulares o porque, pactadas en los mismos, están viciadas de nulidad[[5]](#footnote-6). Por ser poco habituales, cláusulas como las de supervisión e interventoría tendrían esta naturaleza, las cuales –pese a la definición– pueden pactarse en los contratos entre particulares, pues no están expresamente prohibidas.

En contraste, las cláusulas de caducidad, interpretación unilateral, imposición unilateral de las multas, entre otras, están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, pues no derogan las leyes de orden público –art. 16 del Código Civil–, existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación –art. 1519 del Código Civil– y, por tanto, están viciadas de nulidad absoluta –art. 1741 del Código Civil–. En este sentido, las cláusulas exorbitantes se reservan a los contratos autorizados por la ley, pues son poderes derogatorios del derecho común y requieren una norma excepcional como la citada *ut supra*.

Como explica la jurisprudencia, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone cuatro (4) grupos de contratos[[6]](#footnote-7). El *primer grupo* corresponde a aquellos en los que es obligatorio incluir poderes exorbitantes, formado por aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En estas tipologías, conforme a la clasificación del artículo 1501 del Código Civil, los poderes corresponden a cláusulas de naturaleza, es decir, aquellas que –frente al silencio del pliego de condiciones o del contrato– forman parte del negocio en virtud de la ley[[7]](#footnote-8). Considerando la relación directa de estos contratos con la eficiente prestación de los servicios públicos, los poderes exorbitantes de este grupo de contrato son irrenunciables.

A partir de esta definición, se entiende que los contratos de obra que suscriba la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo se encontrarán incorporadas las cláusulas excepcionales del derecho común, a pesar que no fueron estipuladas por las partes, de acuerdo con la remisión del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 a los artículos 14 a 18 de Ley 80 de 1993.

El *segundo grupo* está conformado por los contratos en que estas facultades son potestativas, lo cual aplica a los contratos de suministro y de prestación de servicios. Si bien todas las entidades deben cumplir con los fines del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en este caso existe una relación indirecta con la prestación de los servicios públicos, por lo que estas cláusulas no son obligatorias. En este grupo, la ley no suple el silencio del pliego de condiciones o del contrato, pues –conforme al artículo 1501 del Código Civil– son elementos accidentales que requieren pacto expreso.

El *tercer grupo* corresponde a los contratos del parágrafo del artículo 14 del Estatuto General donde la ley prohíbe pactar estos poderes, so pena de nulidad absoluta por objeto ilícito. Finalmente, el *cuarto grupo* está conformado por las tipologías que no se encuentran en alguno de los tres (3) grupos anteriormente comentados. Dado que la ley autoriza su ejercicio, no es posible fundamentar estos poderes en la autonomía de la voluntad. Por tanto, se entiende que también están prohibidos en este último grupo, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

De un lado […], este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, […] el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales[[8]](#footnote-9).

En relación con estas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, procede destacar la potestad excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal. Particularmente, se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, regulados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993[[9]](#footnote-10).

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) terminación del contrato, ii) iniciación del trámite de liquidación, iii) inhabilidad sobreviniente por cinco años, iv) efectividad de la garantía única de cumplimiento, y v) reporte al SECOP, Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

Ahora bien, existen otras cláusulas excepcionales del derecho común que no son ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, como es la interpretación unilateral, terminación unilateral y modificación unilateral. Al respecto, se destaca que la cláusula excepcional de interpretación unilateral está consagrada en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993. Esta procede si durante la ejecución del contrato surgen *discrepancias* entre la entidad estatal y el contratista sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones, *que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público* que se pretende satisfacer con el objeto contratado. En ese caso, si no se logra acuerdo con el contratista, la entidad estatal realizará la interpretación unilateral de las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, mediante acto administrativo debidamente motivado.

Por su parte, la cláusula excepcional de modificación unilateral está prescrita en el artículo 16, y «procede si durante la ejecución del contrato y *para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público*que se deba satisfacer con él, fuere necesario *introducir variaciones* en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios»[[10]](#footnote-11).

La cláusula excepcional de terminación unilateral se regula en el artículo 17 y procede frente a los eventos expresamente allí señalados, estos son: i) cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; ii) por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; iii) por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista; iv) por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no parten del supuesto de incumplimiento del contratista. La aplicación de estas cláusulas se deriva de varias razones: posibles discrepancias que puedan surgir entre las partes en la interpretación de las cláusulas y documentos del contrato; la necesidad de suprimir o adicionar obras, trabajos, suministros o servicios; o por circunstancias como la disolución de la persona jurídica, una situación de orden público, entre otras causas. En todos estos eventos, el contratista no ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, sino que la entidad estatal, para evitar la paralización o la afectación grave de los servicios, tiene el deber de proceder con su interpretación, modificación o terminación de manera unilateral.

En consecuencia, las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no se encuentran dentro del régimen sancionatorio en materia de contratación estatal. Esto, por cuanto su aplicación no obedece a circunstancias de incumplimiento del contrato, como sí ocurre con la caducidad, de manera que aquellas son el resultado del deber de dirección, control y vigilancia del contrato estatal, con miras a evitar la paralización o la afectación grave de los servicios por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**2.3. El procedimiento administrativo para la aplicación de las cláusulas excepcionales**

De acuerdo con la consulta planteada, para efectos de determinar el procedimiento que debe regir para el ejercicio de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, conviene tener en cuenta su naturaleza. Así, si se trata de una sanción, como es el caso de la caducidad, el procedimiento aplicable corresponde al descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; en el caso de las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales, al no existir un procedimiento expresamente establecido o regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se deberán observar las pocas normas procedimentales establecidas en dicho estatuto, complementándose en gran medida con la estructura y disposiciones del procedimiento administrativo general regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–.

La Ley 1474 de 2011 en el artículo 86 regula el procedimiento especial sancionatorio con que deben regirse las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando se presenten posibles incumplimientos. Al respecto, el inciso primero del mencionado artículo dispone: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal […]». En tal sentido, este es el procedimiento establecido para hacer efectivas las sanciones contractuales, incluyendo la caducidad del contrato.

Como potestad exorbitante sancionatoria, el decreto de la caducidad debe respetar las reglas del debido proceso. Al respecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que deben seguirse: i) c*itación a audiencia*. Es necesario mencionar expresa y detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición de las sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia.

Se precisa que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[11]](#footnote-12). De ahí que las entidades de *régimen especial[[12]](#footnote-13)* en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

Si bien en los últimos años se ha presentado un intenso debate al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de la posibilidad de las entidades con régimen especial de contratación de ejercer autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato[[13]](#footnote-14), frente a lo cual esta Subdirección ha considerado que la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley, para que sea viable su ejercicio. Además, es necesario que se regule previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso, que rige también en las actuaciones administrativas, según lo indica el primer inciso del artículo 29 de la Constitución[[14]](#footnote-15) y el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011[[15]](#footnote-16).

Por tanto, esta Subdirección no considera que las entidades de régimen especial, que se exceptúan de la aplicación del EGCAP, tengan competencia para imponer unilateralmente sanciones contractuales[[16]](#footnote-17). Aunque esta es la regla general, existen entidades de régimen especial que tienen competencia para declarar la caducidad del contrato, pues la ley las sujeta a las normas de derecho privado, pero les permite ejercer esta exorbitancia. Tal es el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios[[17]](#footnote-18) y de las empresas sociales del Estado[[18]](#footnote-19), así como el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo. En tales eventos, las entidades de régimen especial deben aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya que en el pacto e imposición de la caducidad se consideran entidades sometidas a la Ley 80 de 1993. Sin embargo, una posibilidad como la anterior se restringe a los supuestos donde, pese a tratarse de entidades de régimen especial, existe una atribución particular de potestades excepcionales, cuya regulación las remita particularmente al EGCAP.

Así las cosas, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo ante la facultad otorgada en la Ley 1523 de 2012 de contar con potestades exorbitantes dispuestas en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993, se sujeta en el caso de la declaratoria de caducidad al procedimiento dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474. Por ello, estas entidades de régimen especial están sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para dichos efectos.

De otro lado, frente al procedimiento aplicable para la interpretación, modificación y terminación unilaterales, teniendo claro que no se trata de sanciones y que no obedecen a circunstancias de incumplimiento del contratista, ni generan algún tipo de sanción o inhabilidad, no se les aplica el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En efecto, las actuaciones indicadas no se enmarcan en alguno de los supuestos establecidos en el inciso primero de la norma citada, la cual define el ámbito de aplicación de dicho procedimiento especial.

No obstante, es oportuno recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012, destaca lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009, sobre la modificación unilateral del contrato estatal y la necesidad de tratar de llegar a un acuerdo con el contratista antes de realizar la modificación de manera unilateral:

En el caso colombiano, la modificación puede ser fruto de un acuerdo de voluntades o de una decisión unilateral de la entidad contratante en ejercicio de su función de dirección del contrato. En este sentido y en relación con la interpretación del artículo 16 de la ley 80, la Sala de Consulta aseveró:

“Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, y los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel. No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones”.

Esta misma orientación se aplica para el caso de la *interpretación* unilateral. En este evento, también se exige que se intente llegar a un acuerdo con el contratista para la interpretación bilateral de las disposiciones objeto de divergencia entre las partes. Si no se logra dicho acuerdo, la entidad queda facultada para hacerlo de manera unilateral, siempre que se cumplan los demás presupuestos establecidos en el artículo 15 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Partiendo de este planteamiento jurisprudencial y de lo que señalan los artículos 15 y 16 de la Ley 80 de 1993, es posible concluir que las cláusulas excepcionales de modificación e interpretación unilaterales solo aplican en la medida que no se llegue a un acuerdo con el contratista. Por tanto, existen dos procedimientos: i) el procedimiento para el acuerdo común de modificación o interpretación bilateral y ii) el procedimiento para la expedición del acto administrativo en caso de que la modificación y la interpretación no se logre de común acuerdo.

Para el procedimiento de común acuerdo no hay una reglamentación en la ley, por lo que las partes podrán convenirlo en el contrato o cada vez que sea necesario. En contraste, para el segundo procedimiento, el cual aplica en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo para modificar o interpretar el contrato, la entidad estatal procederá con la modificación o terminación unilateral, mediante acto administrativo motivado, para lo cual es importante que la entidad deje debidamente documentado el intento de llegar a un acuerdo, pese a que este haya fracasado.

Ahora bien, frente a la *terminación* unilateral, el Consejo de Estado se ha pronunciado indicando que «[…] se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto»[[19]](#footnote-20).

Para la expedición de los actos administrativos se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 2 y 34 del CPACA[[20]](#footnote-21). Lo anterior sin perjuicio de que, como se ha indicado, prevalezcan las disposiciones del EGCAP. Por ello, la norma citada dispone que:

Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

En conclusión, para la aplicación de las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no se aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que no son sanciones frente al contratista, ni implican declarar el incumplimiento del contrato. En tal sentido, sin perjuicio de las precisiones anteriores, para la expedición de estos actos unilaterales se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 2 y 34 del CPACA, sin perjuicio que, como se ha indicado, se observen prevalentemente las disposiciones establecidas en el EGCAP. En este sentido, se aplicarán particularmente las disposiciones establecidas respecto al procedimiento administrativo general regulado en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Además, estos actos deberán cumplir los siguientes requisitos: i) que su finalidad sea exclusivamente evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos; ii) que se realicen mediante acto administrativo debidamente motivado; iii) que en la interpretación y la modificación unilaterales, previamente se busque llegar a un acuerdo con el contratista y iv) que la causa de la terminación unilateral sea cualquiera de los eventos señalados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993. No obstante, respecto de la cláusula excepcional de caducidad, dada su naturaleza sancionatoria, aplica el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

**2.4. Los contratos y los convenios interadministrativos**

La tipología del contrato o convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y el Decreto 1082 de 2015 la califica como aquella contratación entre entidades estatales[[21]](#footnote-22). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 dispone que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[[22]](#footnote-23). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

La Corte Constitucional, en Sentencia C–671 de 2015 expresó que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública». Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[23]](#footnote-24).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, pues comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, a la celebración de los contratos interadministrativos.

Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa. Como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa a los contratos interadministrativos y no a los convenios, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Es conveniente destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]», esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que «Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]»[[24]](#footnote-25).

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena tener en cuenta que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia han establecido algunas diferencias o caracterización de los contratos interadministrativos frente a los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Por ejemplo, el Consejo de Estado sentencia del 14 de junio de 2019 expresó:

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[25]](#footnote-26) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[26]](#footnote-27) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales[[27]](#footnote-28)[[28]](#footnote-29).

Debe reiterarse que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[29]](#footnote-30). Incluso vale la pena tener en cuenta como la Corte Constitucional fundamenta la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[30]](#footnote-31).

En desarrollo de lo anterior, vale la pena destacar que la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, pese a reconocer que se han realizado algunas distinciones jurisprudenciales en torno a los contratos y convenios interadministrativos, relacionados con el alcance de las obligaciones que los caracterizan, señala que no existe una definición legal que diferencie los conceptos de convenio o de contrato. En tal sentido, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este numeral los asimila para efectos de aplicar las disposiciones que tangencialmente se refieren a uno u otro vocablo, por ejemplo, para la aplicación de la Ley de Garantías. En este sentido, la Circular, refiriéndose al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, expresa:

Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin, se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el servicio a la Entidad contratante, habilitado para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, como quiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones además de propender por la igualdad de los candidatos están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a través de contratos o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que para efectos de la Ley de Garantías tienen la misma connotación y propósito.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. Además, como se indicó en la Circular citada, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio, por lo que se partió de su asimilación para la aplicación de la Ley de Garantías. En tal sentido, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido logre inferirse que se quiere otorgar un contenido en particular.

**2.5. Naturaleza y régimen jurídico de la población indígena y sus formas de organización**

Para resolver su consulta se expondrá el marco legal aplicable a la población indígena y sus formas de organización, para determinar la capacidad contractual de las organizaciones indígenas reguladas en el Decreto 252 de 2020, y específicamente, la naturaleza jurídica de este tipo de organizaciones, para determinar si se está ante entidades públicas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201912000004171 del 11 de septiembre de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos No. 4201913000006260 del 03 de octubre de 2019, 4201913000005753 del 4 de octubre de 2019, 4201913000006529 del 21 de octubre de 2019, 4201913000006859 del 19 de noviembre del 2019, 4201913000007429 del 25 de noviembre de 2019, C-235 del 13 de marzo de 2020, C-361 del 22 de julio de 2020, C-499 del 19 de agosto de 2020, C-590 del 31 de agosto de 2020, C-677 del 10 de noviembre de 2020 y C-213 del 13 de mayo de 2021, C-305 del 20 de mayo de 2021, analizó el marco jurídico relacionado con la contratación por parte de indígenas, y las normas y jurisprudencia sobre la materia. La tesis propuesta en estos conceptos se expone a continuación y se complementa en lo pertinente:

Con la suscripción del Convenio No. 169 de 1989 «Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes» de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, incorporado al bloque de constitucionalidad[[31]](#footnote-32) mediante la Ley 21 de 1991, «Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ava reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989», el Estado colombiano se comprometió a promover el desarrollo de los pueblos indígenas con acciones concretas dirigidas al reconocimiento de sus derechos y el respeto de su integridad, entre otros compromisos adquiridos. Al respecto, la Ley 21 de 1991, en el artículo 2, prescribe:

Artículo 2.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a). Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b). Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c). Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

En virtud de lo anterior, el Estado colombiano se comprometió a implementar las acciones necesarias para garantizar que los pueblos indígenas fueran respetados en igualdad de condiciones, promover sus derechos, respetar su identidad, sus costumbres y tradiciones, de modo que se eliminen las diferencias existentes entre sus miembros y los demás grupos sociales.

En relación con las formas de organización indígena, la Constitución Política de 1991 dispuso que la conformación de las entidades territoriales indígenas se haría conforme a lo dispuesto en la Ley de Ordenamiento Territorial – LOT. El artículo 329 de la Constitución prescribe lo siguiente:

Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

Esta norma dispuso que la conformación de las entidades territoriales indígenas se realizaría de acuerdo con lo indicado en la Ley de Ordenamiento Territorial. No obstante, mientras esa ley era expedida por el Congreso de la República, la Constitución dispuso un mecanismo para poner en funcionamiento los territorios indígenas de manera transitoria. En efecto, el artículo 56 transitorio de la Constitución Política prescribe lo siguiente:

Artículo Transitorio 56. Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

Con fundamento en el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, el Gobierno Nacional fue autorizado para expedir las normas fiscales y las demás necesarias para el funcionamiento de los territorios indígenas, hasta tanto la Ley de Ordenamiento Territorial fuera expedida. De este modo, basados en el artículo 56 de la Constitución Política, en junio de 1993 se expidió el Decreto 1088, «Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas», que otorgó a los cabildos y/o autoridades indígenas la posibilidad de conformar asociaciones, atribuyéndoles la naturaleza de entidades de derecho público, de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Al respecto, la disposición prescribe:

Artículo 1° Aplicabilidad. Los Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, en representación de sus respectivos territorios indígenas, podrán conformar asociaciones de conformidad con el presente Decreto.

Artículo 2° Naturaleza Jurídica. Las asociaciones de que trata el presente Decreto, son entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Con base en lo anterior, los cabildos y las autoridades tradicionales indígenas pueden asociarse en representación de sus territorios, y esas asociaciones tienen la naturaleza de ser entidades de derecho público de carácter especial, que gozan de personería jurídica y tienen capacidad para adquirir obligaciones.

Posteriormente se expidió el Decreto 2164 de 1995, «Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional», norma compilada por el Decreto 1071 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural», y contiene las definiciones de resguardo, cabildo y autoridad indígena:

Artículo 2.14.7.5.1. Naturaleza Jurídica. Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de este y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

Parágrafo. Los integrantes de la comunidad indígena del resguardo no podrán enajenar a cualquier título, arrendar por cuenta propia o hipotecar los terrenos que constituyen el resguardo. (Decreto número 2164 de 1995, artículo 21) (Cursiva fuera de texto).

Artículo 2.14.7.5.2. Manejo y Administración. Las áreas que se constituyan con el carácter de resguardo indígena serán manejadas y administradas por lo respectivos cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades, de acuerdo con sus usos y costumbres, la legislación especial referida a la materia y a las normas que sobre este particular se adopten por aquellas.

[...]

Artículo 2.14.7.1.2. Definiciones. Para los fines exclusivos del presente título, establécense las siguientes definiciones:

[...]

4. Autoridad tradicional. Las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social.

Para los efectos de este título, las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas tienen, frente al Incoder, la misma representación y atribuciones que corresponde a los cabildos indígenas.

5. Cabildo Indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por esta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad. [...] (Cursiva fuera de texto).

En octubre de 1993 se expidió la Ley 80, «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». El artículo 2 define las entidades estatales a las cuales le aplican sus disposiciones, e incluye a los territorios indígenas:

Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, *los territorios indígenas* y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles [...] (énfasis fuera de texto).

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, los territorios indígenas son entidades estatales. No obstante, la existencia de ellos se encuentra condicionada a la expedición de la Ley de Ordenamiento Territorial, por lo que la aplicación de la Ley 80 de 1993, para este tipo de entidades, presenta dificultades por no existir una norma que defina los territorios indígenas a los que hace referencia esta Ley, lo que necesariamente remite a otras normas para determinar qué se entiende por territorios indígenas y cuáles tienen capacidad para adquirir obligaciones.

Posteriormente se expidió la Ley 1454 de 2011, «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones», que reguló asuntos relacionados con el ordenamiento territorial, pero no constituyó a los territorios indígenas, como lo demuestra el parágrafo 2° del artículo 37, al disponer que el Gobierno debía presentar al Congreso un proyecto de ley que regulara los Territorios Indígenas:

Parágrafo 2°. En virtud de lo establecido en el artículo 329 de la Constitución Política el Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República, dentro de los diez (10) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas y de las comunidades afectadas o beneficiadas en dicho proceso.

En desarrollo de esta norma y cuando corresponda, el Gobierno Nacional hará la delimitación correspondiente, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, como instancia consultiva del proceso.

Por su parte, la Corte Constitucional, en Sentencia C-489 de 2012, se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 1454 de 2011, determinando que existe una omisión legislativa respecto de los territorios indígenas[[32]](#footnote-33):

2.8.43. Sobre este punto encuentra la Corte que la norma de la cual se predica la omisión legislativa es la Ley 1454 de 2011 en su integridad. Esta ley, "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones" está compuesta por cuarenta artículos organizados en cinco títulos: el Título Primero de "Las Disposiciones Generales", el Título Segundo del "Marco Institucional"; el Título III "De las Competencias", el Título IV "De las Regiones Administrativas y de Planificación" y el Título V sobre "Disposiciones Finales"[95].

2.8.44. Al hacer el estudio integral de la ley encuentra la Corte que en efecto como aducen los demandantes se excluye de la Ley 1454 de 2011 lo referente a la regulación de las regiones como entidades territoriales y las entidades territoriales indígenas, ya que solo se establecen en este cuerpo normativo disposiciones que no regulan el tema sino que sirven de remisión a posteriores desarrollos. [...]

El Congreso de la República expidió luego la Ley 1551 de 2012, modificatoria de la Ley 134 de 1994, «Por medio de la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios». Esta norma asignó competencias a los municipios e hizo algunas autorizaciones relacionadas con los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas:

Artículo 6°. El artículo 3° de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 3°. Funciones de los municipios. Corresponde al municipio:

[…]

16. En concordancia con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, los municipios y distritos podrán celebrar convenios solidarios con: los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio, para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes de desarrollo.

17. Elaborar los planes y programas anuales de fortalecimiento, con la correspondiente afectación presupuestal, de los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas, organismos de acción comunal, organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio. Lo anterior deberá construirse de manera concertada con esas organizaciones y teniendo en cuenta sus necesidades y los lineamientos de los respectivos planes de desarrollo.

18. Celebrar convenios de uso de bienes públicos y/o de usufructo comunitario con los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas y con los organismos de acción comunal y otros organismos comunitarios. […]

Así, los municipios y los distritos, por expresa autorización del legislador, pueden celebrar convenios solidarios con cabildos, autoridades y organizaciones indígenas para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos acorde con sus planes de desarrollo. En relación con los convenios solidarios y qué debe entenderse por éstos, la Ley, en el parágrafo 3 del artículo 6, prescribe lo siguiente:

Parágrafo 3°. Convenios Solidarios. Entiéndase por convenios solidarios la complementación de esfuerzos institucionales, comunitarios, económicos y sociales para la construcción de obras y la satisfacción de necesidades y aspiraciones de las comunidades.

Parágrafo 4°. Se autoriza a los entes territoriales del orden departamental y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con las juntas de acción comunal con el fin de ejecutar obras hasta por la mínima cuantía. Para la ejecución de estas deberán contratar con los habitantes de la comunidad.

Parágrafo 5°. Los denominados convenios solidarios de que trata el parágrafo 3° del presente artículo también podrán ser celebrados entre las entidades del orden nacional y los organismos de acción comunal para la ejecución de proyectos incluidos en el respectivo Plan Nacional de Desarrollo.

Los convenios solidarios que pueden suscribir los municipios y distritos con los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, no tienen límites en cuanto a su cuantía, pues el tope establecido por la norma, en el parágrafo 4, del artículo 6, hace referencia a los convenios solidarios celebrados con juntas de acción comunal, con el fin de ejecutar obras hasta por la mínima cuantía.

Posteriormente, en 2014, se expidió el Decreto 1953, «Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política». Este Decreto fue expedido en virtud de la autorización conferida al Gobierno Nacional por el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, y pone en funcionamiento de manera temporal los territorios indígenas, a la vez que regula la forma de administrar y ejecutar los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones.

Los aspectos más relevantes de esta norma son los relacionados con el funcionamiento de los territorios indígenas. Al respecto, dispone que los resguardos podrán asociarse para administrar y ejecutar los recursos del SGP y que dichas asociaciones serán consideradas personas jurídicas de derecho público especial. Adicionalmente, establece que para los fines y la ejecución de los recursos de que trata dicho decreto, los territorios y resguardos indígenas que hayan sido autorizados para administrar recursos del SGP serán considerados entidades estatales de acuerdo con lo indicado en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, la norma establece una última posibilidad para los resguardos indígenas que no hayan sido autorizados para administrar de manera directa los recursos del SGP, consistente en la celebración de un contrato de administración suscrito entre la entidad territorial respectiva y el representante legal del resguardo designado por las autoridades propias. La norma prescribe lo siguiente:

Artículo 4°. Asociaciones para la Administración Conjunta de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones. Los resguardos podrán igualmente asociarse para efectos de administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial del SGP, siempre que acrediten los requisitos establecidos en el presente decreto para administrar dichos recursos. Para estos efectos las asociaciones de que trata el presente artículo serán consideradas como personas jurídicas de derecho público especial.

[...]

Artículo 9°. Capacidad Jurídica. Para los efectos del desempeño de las funciones públicas y de la consecuente ejecución de recursos de que trata el presente decreto, los Territorios y Resguardos Indígenas que hayan sido autorizados para administrar recursos del SGP conforme a lo dispuesto por este decreto serán considerados entidades estatales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993. Dicha capacidad será ejercida a través de su representante legal, conforme a lo dispuesto en el presente decreto.

Por otro lado, el Decreto 1953 de 2014, en el artículo 20, determina que los actos o contratos que celebren o expidan los territorios indígenas en virtud de ese decreto se regirán por el Estatuto Orgánico del Presupuesto y el Estatuto de Contratación Estatal, entre otras normas. También dispuso que los territorios indígenas pueden celebrar contratos con las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales de que trata el Decreto 1088 de 1993, pero esos negocios jurídicos a los que hace referencia la norma solo podrán celebrarse entre territorios indígenas, cabildos y/o autoridades tradicionales constituidos bajo lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993, no con otras entidades del Estado[[33]](#footnote-34).

A las normas analizadas se adiciona ahora el Decreto 252 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, que adiciona el Decreto 1088 de 1993, el cual regula las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas y, entre otros aspectos, la naturaleza de sus actos y contratos. En este sentido, el artículo 10 del Decreto 1088 de 1993 dispone que los negocios jurídicos de esas asociaciones –de cabildos y/o de autoridades tradicionales– se rigen por el derecho privado. No obstante, el Decreto 252 de 2020, adicionó un parágrafo, asignándole a las «organizaciones indígenas» capacidad para contratar, sin limitaciones en cuanto al objeto del contrato o por la fuente de los recursos.

En este punto es necesario recordar que las «organizaciones indígenas» se mencionaron en el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012 que, entre otros, regula los convenios solidarios entre los municipios y distritos con diferentes agrupaciones indígenas, autorizando que este tipo de contrato sea celebrado con «organizaciones indígenas», cabildos y autoridades indígenas. Como se advierte, allí no se otorgó personería jurídica ni capacidad jurídica general a estas formas de organización indígena, sino que se les asignó la capacidad jurídica contractual concreta para un negocio jurídico específico, celebrado con entidades de derecho público que tienen capacidad para contratar, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

En cambio, el artículo 1 del Decreto 252 de 2020 permite que las asociaciones de cabildos o asociaciones de autoridades tradicionales indígenas y las «organizaciones indígenas» contraten con las entidades estatales definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y además pueden hacerlo de manera directa –sin necesidad de participar en licitaciones u otro proceso de selección–, pero condicionado a la composición de esas organizaciones, cuyos miembros deben ser, exclusivamente: i) cabildos indígenas, ii) resguardos indígenas, iii) asociaciones de cabildos indígenas, iv) asociaciones de autoridades indígenas, y v) otras formas de autoridad indígena[[34]](#footnote-35).

En ese sentido, i) la norma le confirió a las «organizaciones indígenas» capacidad para contratar con el Estado y ii) también autorizó a todas las entidades estatales a contratar con ellas de manera directa. Por oposición, antes de esta norma solo podían celebrar convenios solidarios con municipios y distritos. En todo caso, el Decreto 252 de 2020 no califica a las *«organizaciones indígenas»* como entidades estatales, no regula su naturaleza o régimen legal, sino que establece la regulación indicada en materia contractual.

Por último, la Ley 2160 de 2021, «Por medio del cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007», estableció nuevas regulaciones con respecto a la capacidad contractual y naturaleza jurídica de varios tipos de organización, entre ellas los cabildos indígenas y asociaciones de autoridades tradicionales indígenas[[35]](#footnote-36). Teniendo en cuenta esta filosofía y objetivos buscados en el proyecto de ley, esta modificó entre otras cosas, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 mediante su artículo 3°, cuyo tenor literal dispone:

ARTÍCULO 7°. ENTIDADES A CONTRATAR. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Cabildo Indígena: Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por esta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.

[…]

1. Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas. Entidad de derecho público, encargada de fomentar y coordinar con las autoridades locales, regionales y nacionales, la ejecución de proyectos en salud, educación y vivienda. Esta entidad estará conformada por diez (10) organizaciones regionales indígenas.

De este modo, se entiende que los cabildos indígenas como las asociaciones de autoridades tradicionales indígenas son concebidos como entidades públicas especiales, de conformidad a la Ley 2160 de 2021. Esto a diferencia de los resguardos indígenas que son propiedad colectiva de las comunidades indígenas y que son administrados por los cabidos y las autoridades tradicionales de las comunidades, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo 2.14.7.5.2 del Decreto 1071 de 2015.

De acuerdo con las consideraciones en el numeral 2.4, los contratos o convenios interadministrativos se definen por la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. A partir de esta definición, se constata que los contratos que suscriban los cabildos indígenas y las asociaciones de autoridades tradicionales indígenas con entidades públicas tendrán la naturaleza de ser contratos o convenios interadministrativos, por la naturaleza de las partes.

Ahora bien, con respecto a lo definido en el Decreto 252 de 2020 al permitir la contratación directa entidades públicas con cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia, se entenderán que son interadministrativos si la ley los cataloga como entidades públicas, como ocurre respecto a los cabildos indígenas y las asociaciones de autoridades tradicionales indígenas, que fueron denominadas así por la Ley 2160 de 2021. En este caso, de conformidad con el artículo 2 *ibidem*, procede la contratación directa en «Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, *cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas*» (Énfasis fuera de texto).

**3. Respuestas**

1. ¿En los contratos **DE OBRA** que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, se entiende pactada la cláusula de caducidad?.

2. ¿En los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo y que se encuentran descritos en el numeral segundo del art. 14 de la L80/93, se entienden pactadas las cláusulas excepcionales al derecho común?.

3. ¿En el supuesto del art. 48 de la Ley 1523 (arriba citada) debe la UNGRD (como responsable de la gestión contractual, actos administrativos, etc. de la contratación de los recursos del Fondo Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres), para declaratorias de caducidad, aplicar el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 para declarar la caducidad contractual junto con efectividad de las pólizas de cumplimiento? ¿qué procedimiento debe observarse para el ejercicio de la potestad unilateral de las demás cláusulas excepcionales distintas a la caducidad?

Conforme a la explicación precedente, los contratos de obra que suscriba la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo se encontrarán incorporadas las cláusulas excepcionales del derecho común, a pesar de que no sean pactadas por las partes, de acuerdo a la remisión del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 a los artículos 14 a 18 de Ley 80 de 1993. En otras palabras, si bien están exceptuados del régimen general de contratación, posibilitó la aplicación de cláusulas dispuestas en las normas citadas, por lo que este tipo de contrataciones deben interpretarse sistemáticamente con los tipos de contratos que permiten la inclusión de cláusulas exorbitantes, ya sea como elementos de la naturaleza o accidentales, en cuyo caso la cláusula de caducidad se entendería pactada en los contratos de obra.

En principio, aunque las entidades de régimen especial carecen de atribuciones para imponer unilateralmente sanciones contractuales, existen algunas entidades exceptuadas que tienen competencia para declarar la caducidad del contrato, pues la ley las sujeta a las normas de derecho privado, pero les permite ejercer esta exorbitancia. Tal es el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliariosy de las empresas sociales del Estado, así como el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo. En tales eventos, las entidades de régimen especial deben aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya que en el pacto e imposición de la caducidad se consideran entidades sometidas a la Ley 80 de 1993. Sin embargo, una posibilidad como la anterior se restringe a los supuestos donde, pese a tratarse de entidades de régimen especial, existe una atribución particular de potestades excepcionales, cuya regulación las remita particularmente al EGCAP.

Así las cosas, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo ante la facultad otorgada en la Ley 1523 de 2012 de contar con potestades exorbitantes dispuestas en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993, se sujeta en el caso de la declaratoria de caducidad al procedimiento dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474. Por ello, estas entidades de régimen especial están sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para dichos efectos.

Con respecto a la aplicación de las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no se aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que no son sanciones frente al contratista, ni implican declarar el incumplimiento del contrato. En tal sentido, sin perjuicio de las precisiones anteriores, para la expedición de estos actos unilaterales se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 2 y 34 del CPACA, sin perjuicio que, como se ha indicado, se les otorgue prevalencia a las disposiciones establecidas en el EGCAP.

En este sentido, se aplicarán particularmente las normas establecidas respecto al procedimiento administrativo general regulado en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, así como lo acordado por las partes en el contrato estatal. Además, estos actos deberán cumplir los siguientes requisitos: i) que su finalidad sea exclusivamente evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos; ii) que se realicen mediante acto administrativo debidamente motivado; iii) que en la interpretación y la modificación unilaterales, previamente se busque llegar a un acuerdo con el contratista y iv) que la causa de la terminación unilateral sea cualquiera de los eventos señalados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, respecto de la cláusula excepcional de caducidad, dada su naturaleza sancionatoria, aplica el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En materia de contratación pública e incumplimientos contractuales:

Pueden las entidades que declaren incumplimientos en el marco del art. 86 de la Ley 1474/2011, realizar las compensaciones, reconocimientos y órdenes de pago que trata el segundo inciso del numeral primero del art. 14 de la L 80/1993?

El artículo 14.1 de Ley 80 de 1993 faculta a las entidades estatales para «[…] interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado». En estos casos, «[…] deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial». Así, teniendo en cuenta lo explicado en la respuesta de la pregunta anterior, debe señalarse que dado que la interpretación, la modificación y la terminación unilateral no tienen carácter sancionatorio, la regulación del artículo 14.1 de la Ley 80 de 1993 es ajena al procedimiento sancionador del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora, cambiando de tema, pero también inmerso en contratación pública, solicito comedidamente que, en materia de contratación con indígenas se me indique si:

1. ¿los convenios y contratos que suscriben las entidades estatales con comunidades indígenas (resguardos, gobernaciones, cabildos) legalmente constituidas, son contratos y convenios interadministrativos a la luz del art. 95 la Ley 489 de 1998.?

2. ¿los contratos y convenios que se celebren en el marco del Decreto 252 de 2020, son contratos o convenios interadministrativos?

Se entiende que los cabildos indígenas son concebidos como entidades públicas especiales, de conformidad a la Ley 2160 de 2021. Esto a diferencia de los resguardos indígenas que son propiedad colectiva de las comunidades indígenas y que son administrados por los cabildos y las autoridades tradicionales de las comunidades, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.14.7.5.2 del Decreto 1071 de 2015.

De acuerdo con las consideraciones en el numeral 2.4, los contratos o convenios interadministrativos se definen por la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. A partir de esta definición, se constata que los contratos que suscriban los cabildos indígenas y las asociaciones de autoridades tradicionales indígenas con entidades públicas tendrán la naturaleza de ser contratos o convenios interadministrativos, por la naturaleza de las partes.

Ahora bien, con respecto a lo definido en el Decreto 252 de 2020 al permitir la contratación directa entidades públicas con cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia, se entenderán que son interadministrativos si la ley los cataloga como entidades públicas, como ocurre respecto a los cabildos indígenas y las asociaciones de autoridades tradicionales indígenas, que fueron denominadas así por la Ley 2160 de 2021. En este caso, de conformidad con el artículo 2 *ibidem*, procede la contratación directa en «Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, *cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas*» (Énfasis fuera de texto).

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | José Luis Sánchez Cardona  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. El inciso 1 de la norma en comento dispone que «El Fondo Nacional de Calamidades [ahora denominado Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres, en virtud del artículo 47 de la Ley 1543 de 2012] será manejado por la Sociedad Fiduciaria La Previsora Limitada, empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público» (Corchetes fuera de texto). [↑](#footnote-ref-2)
2. «Artículo 54. Fondos territoriales. Las administraciones departamentales, distritales y municipales, en un plazo no mayor a noventa (90) días posteriores a la fecha en que se sancione la presente ley, constituirán sus propios fondos de gestión del riesgo bajo el esquema del Fondo Nacional, como cuentas especiales con autonomía técnica y financiera, con el propósito de invertir, destinar y ejecutar sus recursos en la adopción de medidas de conocimiento y reducción del riesgo de desastre, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción. Podrá establecer mecanismos de financiación dirigidos a las entidades involucradas en los procesos y a la población afectada por la ocurrencia de desastres o calamidad. El Fondo podrá crear subcuentas para los diferentes procesos de la gestión del riesgo.

   »Parágrafo. Los recursos destinados a los fondos de los que habla este artículo, serán de carácter acumulativo y no podrán en ningún caso ser retirados del mismo, por motivos diferentes a la gestión del riesgo. En todo caso el monto de los recursos deberá guardar coherencia con los niveles de riesgo de desastre que enfrenta el departamento, distrito o municipio». [↑](#footnote-ref-3)
3. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 190 [↑](#footnote-ref-4)
4. Cfr. <http://etimologias.dechile.net/?exorbitante>. Consultado el 11 de diciembre de 2020. [↑](#footnote-ref-5)
5. En efecto, «Se llaman así porque son evidentemente diferentes del derecho común. No se concebirían en los contratos civiles porque quedaría roto el principio de igualdad entre las partes y el de libertad contractual. Estas cláusulas exorbitantes del derecho común sobrepasan el ámbito de este derecho, ya sea porque son inusuales o porque incluidas en los contratos de derecho privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual. Vale decir, en consecuencia, que las cláusulas exorbitantes pueden ser inusuales o ilícitas y en este caso por afectar el orden público» (DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo I. Décima Edición. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra. p. 293. En el mismo sentido, RIVERÓ, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. pp. 128-129. VEDEL, George. Derecho administrativo. Madrid: Editorial Aguilar, 1980. p. 191). [↑](#footnote-ref-6)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Idea reiterada en la Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2012. Exp. 22.822. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección A. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 30.251. C.P. Hernán Andrade Rincón; Subsección C. Sentencia del 13 de mayo de 2015. Exp. 32.492. C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz (E), entre otras. [↑](#footnote-ref-7)
7. El artículo 1501 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; *son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-9)
9. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado ha precisado: «(…) al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que «la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista…» y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado» Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15.024 y ponencia de Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-10)
10. El artículo 16 también señala que «Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.» [↑](#footnote-ref-11)
11. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]». [↑](#footnote-ref-12)
12. Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado. [↑](#footnote-ref-13)
13. Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 20 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes: 56939 y 56562. En cambio, la consideración de que las entidades de régimen especial, por regla general, no pueden ejercer esta potestad sancionatoria, se plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277 y del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937. [↑](#footnote-ref-14)
14. «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

    »Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

    »En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

    »Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

    »Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». [↑](#footnote-ref-15)
15. «Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

    »Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

    »1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

    »En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus y non bis in ídem*[…]»*.* [↑](#footnote-ref-16)
16. Como se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020 y el C-280 del 6 de julio de 2020. [↑](#footnote-ref-17)
17. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece: «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

    »Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

    »PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-18)
18. El artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993 establece que las empresas sociales del Estado: «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 15596. Consejero Ponente Doctor Jaime Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-20)
20. Estos artículos de la Ley 1437 de 2011 establecen: «Artículo 2o. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

    […]

    »Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código».

    «Artículo 34. Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código». [↑](#footnote-ref-21)
21. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

    »Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-22)
22. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-23)
23. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-24)
24. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-25)
25. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar». [↑](#footnote-ref-26)
26. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto». [↑](#footnote-ref-27)
27. [Referencia propia de la cita] «La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93». [↑](#footnote-ref-28)
28. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: «La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)». (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-29)
29. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios». [↑](#footnote-ref-30)
30. A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-31)
31. Constitución Política: «Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

    »Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]». [↑](#footnote-ref-32)
32. Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango. [↑](#footnote-ref-33)
33. Artículo 20. Ejecución de recursos. Los actos o contratos que expidan o celebren los Territorios Indígenas, según sea el caso, para la ejecución de los recursos a que hace referencia el presente decreto, se regirán por las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, el Estatuto de Contratación Estatal, las normas contables que para este efecto defina la Contaduría General de la Nación y las demás disposiciones complementarias, y por las disposiciones vigentes para aquellos sectores en los cuales haya sido certificado.

    Parágrafo. Cuando los Territorios Indígenas requieran celebrar contratos con las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas constituidos bajo lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993, la modalidad de selección se surtirá de acuerdo con lo establecido en el literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-34)
34. Decreto 252 de 2020: «Articulo 1. Adiciónese al artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, el siguiente parágrafo:

    »Artículo 10. Naturaleza de los actos y contratos.

    »[...]

    »Parágrafo. Además de las anteriores asociaciones, las organizaciones indígenas, también podrán celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales de acuerdo con lo contemplado en el presente artículo y en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia.

    »Para la ejecución contractual, la entidad estatal deberá exigir la constitución de una garantía única que consistirá en una póliza de seguros que cubrirá suficientemente los riesgos del contrato o convenio.

    »La entidad estatal podrá terminar unilateralmente el contrato o convenio en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la organización indígena.

    »En estos convenios se tendrá como aporte de las organizaciones indígenas el conocimiento ancestral». [↑](#footnote-ref-35)
35. Al respecto, la exposición de motivos expresó que: «La iniciativa presentada consiste en conceder capacidad jurídica a los cabildos indígenas para poder contratar directamente con las entidades del Estado, tanto en lo contemplado en la Ley 80 de 1993, como en la Ley 1150 de 2007. Sea lo primero mencionar que, el proyecto de ley se justifica en el análisis normativo realizado de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, las cuales no incluyen disposiciones que otorguen capacidad jurídica a los cabildos indígenas para celebrar negocios con las entidades del Estado, como tampoco se evidencian causales de contratación directa que permita celebrar directamente negocios jurídicos con los cabildos.

    […]

    »Bajo este panorama, las comunidades indígenas se han visto gravemente afectadas pues las entidades del Estado han expresado que no existen alternativas jurídicas que permitan la celebración de contratos o convenios con cabildos, ni una causal de contratación directa que habilite eficazmente el desarrollo de programas o inversión de recurso en beneficio de las comunidades indígenas como sujetos de especial protección. Lo anterior, ha ocasionado que las comunidades indígenas en múltiples ocasiones hayan recurrido a las vías de hecho para promover la garantía y materialización de sus derechos. En virtud de lo anterior, es necesario crear una disposición que otorgue plena capacidad Jurídica a los cabildos indígenas y autorice a las entidades del Estado la suscripción de Negocios jurídicos directamente con esta forma de gobierno indígena». CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Informe de ponencia para primer debate en comisiones primeras conjuntas de Senado y Cámara. Proyecto de ley número 418 de 2021 del Senado, 485 de 2020 cámara, por medio del cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-36)